

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : Des considérations d'ordre humanitaire : les limites de la décision raisonnable dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

Auteur(s) : Louis GUILBAULT

Revue : RDUS, 2018, volume 48, numéro 1-2

Pages : 123-171

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/17919>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/17919>

Page vide laissée intentionnellement.

Des considérations d'ordre humanitaire : les limites de la décision raisonnable dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

par Louis GUILBAULT*

Dans la première partie de son texte, l'auteur situe de manière générale la dispense pour des considérations d'ordre humanitaire prévue par l'article 25 (1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) par rapport à d'autres catégories d'admission pour les étrangers souhaitant s'établir au Canada. Dans la deuxième partie, il présente un sommaire des lignes directrices ministérielles relatives au contexte d'application de cet article. Dans la troisième partie, il résume les principales notions jurisprudentielles de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif. La quatrième partie – au cœur de son texte – consiste en un résumé des faits et des points de droit découlant de cinq affaires postérieures à l'arrêt Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick soumises à une chaîne de contrôles judiciaires, et dont l'enjeu consiste principalement à juger si la décision prise en l'application de l'article 25 (1) de la LIPR est raisonnable. La cinquième et dernière partie permet à l'auteur de synthétiser les éléments retenus dans la partie précédente sous la forme d'un bilan critique faisant ressortir les éléments saillants de ces différentes affaires, dans le but de mieux circonscrire les limites de la décision raisonnable relativement à cette disposition exceptionnelle de la LIPR. D'une part, son analyse jurisprudentielle révèle que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est relatif, que l'analyse de la dispense humanitaire se déroule parfois en vase clos par rapport à d'autres champs du droit et que le critère de cette dispense ne fait pas consensus en contrôle judiciaire. D'autre part, l'auteur livre également des constats généraux et importants quant à la nature des problèmes liés à la définition des considérations d'ordre humanitaire lorsque vient le temps de mettre en œuvre la norme de contrôle de la décision raisonnable. On remarque l'absence d'attributs déterminants permettant de définir ces considérations, pour ensuite réaliser que l'objectif d'équité visé par la dispense proscriit toute tentative d'« essentialisation » (concevoir selon une

* Avocat, bachelier en droit (2017), Université du Québec à Montréal.

définition arrêtée) des motifs humanitaires. L'équité, fondée en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, étant le seul élément rattaché à ceux-ci, ses attributs en droit de l'immigration canadien demeurent indéterminés, voire indécidables, même si l'on parvient néanmoins à les opérationnaliser en invoquant principalement la norme administrative de la démarche rationnelle et défendable.

A first part sets out in general terms the exemption for humanitarian and compassionate considerations under section 25(1) of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) from other categories of admission for foreigners wishing to settle in Canada. A second part provides a summary of the guidelines for the framework for the application of that provision. A third part summarizes the main jurisprudential notions of the standard of review of reasonableness in administrative law. Part IV - at the heart of this article - consists of a summary of the facts and points of law arising from five post-Dunsmuir cases which were subjected to a series of judicial reviews concerning primarily the question of whether the decision under section 25(1) of the IRPA was reasonable. The final section summarizes the points identified in the previous section in the form of a critical review highlighting the main features of those cases, with the aim of better understanding the limits of reasonableness with respect to this exceptional provision of the IRPA. On the one hand, this analysis of the case-law shows that the criterion of the best interests of the child is relative, that analysis of the exemption based on humanitarian and compassionate grounds is sometimes done in isolation from other fields of law and that there is no judicial consensus on the criterion for this exemption on judicial review. On the other hand, this analysis also makes it possible to make general and important observations about the nature of the problems relating to the definition of humanitarian considerations when it comes to implementing the standard of review of reasonableness. We were struck by the fact that there is no agreement on which characteristics are determinative when defining those considerations, only to then realize that the goal of fairness embodied by the exemption precludes any attempt to "substantiate" those humanitarian grounds. Since equity, based in part on the decision-maker's humanity and compassion, can only be defined in relation to those feelings, its characteristics in Canadian immigration law remain uncertain, even indeterminate, even though we manage nevertheless to make them operational by applying primarily the administrative standard of the rational and defensible approach.

Sommaire

| | |
|---|-----|
| Introduction | 127 |
| I. Le contexte général d'application de l'article 25 (1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> | 131 |
| II. Des considérations d'ordre humanitaire : les directives ministérielles | 134 |
| III. Des aspects de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif | 138 |
| IV. Le contrôle judiciaire en vertu de l'article 25 (1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> depuis l'affaire <i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> | 142 |
| A. L'affaire <i>Kisana</i> | 142 |
| 1. L'affaire <i>Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 307 (j. Mosley) | 142 |
| 2. L'affaire <i>Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant) | 144 |
| B. L'affaire <i>Hinzman</i> | 145 |
| 1. L'affaire <i>Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 415 (j. Russell)..... | 145 |
| 2. L'affaire <i>Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson) | 146 |
| C. L'affaire <i>Lemus</i> | 147 |
| 1. L'affaire <i>Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 1274 (j. Near) | 147 |
| 2. L'affaire <i>Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow)..... | 148 |
| D. L'affaire <i>Habtenkiel</i> | 149 |
| 1. L'affaire <i>Habtenkiel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2013 CF 397 (j. Heneghan) | 150 |

| | |
|---|-----|
| 2. L'affaire <i>Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas) | 150 |
| E. L'affaire <i>Kanthasamy</i> | 151 |
| 1. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2013 CF 802 (j. Kane)..... | 151 |
| 2. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow) | 153 |
| 3. L'affaire <i>Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents)..... | 154 |
| V. Une synthèse des affaires présentées | 159 |
| A. Le point convergent | 160 |
| B. Les points divergents | 161 |
| 1. L'importance relative de l'intérêt supérieur de l'enfant | 161 |
| 2. L'analyse de la dispense humanitaire faite en vase clos par rapport aux autres champs du droit | 164 |
| 3. L'absence de consensus quant au critère de la dispense humanitaire..... | 165 |
| Conclusion | 168 |

Introduction

Plusieurs demandeurs d'asile tentent, après avoir attendu au moins douze mois à la suite d'une décision défavorable de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada¹, leur admission au pays par le recours administratif exceptionnel des considérations d'ordre humanitaire² prévu par l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le ministre de l'Immigration, de la Citoyenneté et des Réfugiés dispose en effet d'un pouvoir discrétionnaire d'adjudication d'une demande de résidence permanente pour de telles considérations³.

La décision prise en vertu de ce pouvoir est sujette, à moins que la demande d'autorisation ne soit rejetée⁴, au contrôle judiciaire des tribunaux de droit commun, où la norme de contrôle prescrite par la jurisprudence, dans ces cas, est celle de la décision raisonnable. Quels sont les attributs de la décision raisonnable relativement à l'article 25 (1) de la LIPR? Ce sera la question principale de notre texte. Nul ne saurait négliger l'importance

¹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 25 (1.2) et (1.21) (ci-après « LIPR »).

² Les faits démontrent que cette disposition est de nature exceptionnelle. En effet, pour l'année 2015, les personnes admises sur cette base représentaient seulement 1,4 % du total, comparativement à 11,8 % pour la catégorie « Réfugiés », 62,7 % pour la catégorie « Immigration économique » et 24,1 % pour la catégorie « Parrainage » : IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ CANADA [titre lors de la publication : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA], *Faits et chiffres 2015 : Aperçu de l'immigration – Résidents permanents*, en ligne : <http://ouvert.canada.ca/data/fr/dataset/2fbb56bd-eae7-4582-af7d-a197d185fc93?_ga=1.48480931.442174494.1485014897>.

³ Des considérations humanitaires sont également prises en considération dans le cadre d'une mesure de renvoi : voir LIPR, art. 67 (1) c) et 68.

⁴ LIPR, art. 72. Une étude publiée en 2012 tend à démontrer que, pour la période de 2005 à 2010, seulement 6,35 % des demandes d'autorisation *en ce qui a trait aux demandes d'asile* – dont la vaste majorité vise à contester une décision rejetant la demande – sont acceptées : Sean REHAAG, « Judicial Review of Refugee Determinations : The Luck of the Draw? », (2012) 38 *Queen's L.J.* 1, 23. Rehaag en vient à la conclusion (p. 49 et 50) que son étude « *demonstrates that outcomes in applications for judicial review in the refugee law context all too often hinge on who decides the case* ». À ce jour, une telle étude n'a pas été réalisée quant aux demandes d'autorisation dans les dossiers ayant pour objet des considérations d'ordre humanitaire.

de ces attributs. En raison de l'autorité du précédent qu'ils établissent, ces derniers ont une influence déterminante sur le processus décisionnel des agents d'immigration qui exercent le pouvoir délégué par le ministre pour les demandes humanitaires.

Une revue de la littérature à ce sujet permet d'affirmer que cet examen spécifique n'aurait jamais été fait⁵. Certes, les recherches en droit administratif sur la norme de contrôle en révision judiciaire abondent. En revanche, pour comprendre ce que signifie une décision raisonnable en droit de l'immigration relativement aux motifs humanitaires, la doctrine canadienne et l'appareil étatique (et son service de recherche) n'auraient rien produit de substantiel à ce jour. Les enjeux sociaux, politiques et moraux – ou plus généralement *humains* – rattachés à de tels motifs sont pourtant importants⁶.

Comme l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁷ a écarté en 2008 les normes de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* et manifeste-

⁵ La seule recherche canadienne à ce sujet serait celle de Catherine DAUVERGNE, *Humanitarianism, Identity, and Nation: Migration Laws of Australia and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005. Elle y analyse, entre autres, la jurisprudence canadienne portant sur les motifs humanitaires en droit de l'immigration afin de faire ressortir les mécanismes de production identitaire, tant nationaux qu'individuels, dans le contexte du processus d'admission humanitaire. À noter que l'auteure ne présente pas une analyse des décisions humanitaires en droit de l'immigration visant à faire ressortir le cadre analytique des tribunaux judiciaires en ce qui a trait à la norme de la *décision raisonnable*.

⁶ Il importe de mentionner que la LIPR a accordé une importance indéniable à la tradition humanitaire du Canada. En effet, cette loi prévoit que l'admission de l'étranger souhaitant obtenir le statut de résident permanent « s'effectue conformément à la tradition humanitaire du Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées, selon qu'il a la qualité [...] de réfugié ou de personne en situation semblable » (LIPR, art. 12 (3)). L'un des objets de la LIPR souligne de même l'importance des « idéaux humanitaires » concernant l'accueil des réfugiés (art. 3 (2)).

⁷ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 (ci-après « arrêt *Dunsmuir* »). Cette décision n'a pas eu pour effet de modifier la norme de contrôle ni d'invalider la jurisprudence passée en matière de considérations humanitaires. Ce point de départ de notre recherche a néanmoins l'avantage de restreindre l'échantillon jurisprudentiel aux décisions les plus récentes en cette matière.

ment déraisonnable pour les remplacer par la norme de contrôle de la décision raisonnable, le point de départ temporel de nos recherches jurisprudentielles commencera à la suite de cette décision.

Dans le but d'obtenir le plus grand nombre de nuances possible quant à l'analyse du cadre de la « raisonabilité » des décisions à examiner, nous privilégierons les chaînes de contrôle judiciaire ayant fait l'objet d'un jugement de la Cour suprême du Canada ou de la Cour d'appel fédérale, ce qui nous permettra d'analyser d'une cour de révision à une autre, pour le même dossier et les mêmes faits, les prémisses sur lesquelles s'appuient les différentes instances de contrôle judiciaire⁸ afin de conclure qu'une décision prise en vertu de l'article 25 (1) de la LIPR est ou n'est pas une décision raisonnable⁹.

De plus, il sera intéressant de comparer les différentes affaires visées pour mettre en évidence les principaux points convergents et divergents. Certaines questions spécifiques alimenteront notre exercice de synthèse. Y a-t-il des facteurs plus déterminants que d'autres pour juger de la raisonabilité de la dispense? Comment interprète-t-on le caractère « humanitaire »

⁸ Ce sont, dans l'ordre, la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et, le cas échéant, la Cour suprême.

⁹ Le 25 février 2017, nous avons effectué une recherche jurisprudentielle dans la base de données LexisNexis en suivant ces critères : traitement QuickCITE législation, *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, article 25, Cour suprême du Canada et Cour d'appel fédérale (décisions rendues après le 7 mars 2008), rejet de toutes les décisions ayant fait l'objet d'une autorisation d'appel à la Cour suprême (déposée ou acceptée) et rejet de toutes les décisions ne traitant pas principalement d'une application de l'article 25 de la LIPR. À la lumière de notre recherche, voici les cinq affaires retenues :

1) *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189 (ci-après « affaire *Kisana* »);

2) *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177 (ci-après « affaire *Hinzman* »);

3) *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (ci-après « affaire *Lemus* »);

4) *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (ci-après « affaire *Habtenkiel* »);

5) *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 51 (ci-après « affaire *Kanthisamy* »).

de la décision? Les critères d'application de la dispense sont-ils toujours les mêmes? En y répondant, nous serons à même de faire ressortir les contours de la décision raisonnable dans le contexte de notre recherche. Parmi les considérations que notre examen dévoile, trois méritent d'emblée d'être soulignées, lesquelles sont, comme on le constatera, étroitement liées :

- 1) bien que l'on requière une *démarche* rationnellement justifiée du décideur administratif en matière de considérations d'ordre humanitaire, la décision raisonnable attendue pré-suppose l'absence d'attributs essentiels (ou décisifs) caractérisant ces considérations;
- 2) pour respecter l'objectif d'équité (envers le demandeur) recherché par le législateur, le décideur ne doit jamais tenir pour acquis qu'il existe une définition arrêtée des motifs humanitaires (en considérant à tort, plus concrètement, les facteurs ou d'autres indications des lignes directrices comme exhaustifs), l'équité, fondée en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, étant le seul élément rattaché à ces considérations;
- 3) les attributs de l'équité relatifs à ces motifs demeurent indéterminés et indécidables en droit de l'immigration canadien, même si l'on parvient néanmoins à les opérationnaliser en invoquant principalement la norme administrative de la démarche rationnelle et défendable.

Avant d'aborder ces différents points, nous présenterons le contexte d'application de l'article 25 (1) de la LIPR, les directives¹⁰ y étant liées, puis quelques considérations générales en ce qui a trait à la norme d'inter-vention de la décision raisonnable en contentieux administratif.

¹⁰ Même si elles ne sont pas justiciables, ces directives, qui émanent directement du ministre et, plus largement, du Conseil des ministres, ont leur importance dans l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable, dans la mesure où elles guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire délégué aux agents du ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et servent à définir les contours des motifs humanitaires.

I. Le contexte général d'application de l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

L'article 25(1) de la LIPR prévoit (l'italique est de nous) :

25 (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire – sauf si c'est en raison d'un cas visé aux articles 34, 35 ou 37 –, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada – sauf s'il est interdit de territoire au titre des articles 34, 35 ou 37 – qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, *s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.*

25 (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible – other than under section 34, 35 or 37 – or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada – other than a foreign national who is inadmissible under section 34, 35 or 37 – who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act *if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.*

La version anglaise de la disposition, plus évocatrice, compte deux considérations – « *humanitarian* » et « *compassionate* » – là où la version française en comprend une seule : « ordre humanitaire ».

Dans l'économie de la LIPR, où se situent donc les demandes d'immigration formulées en vertu de ces motifs? La LIPR et son règlement

d'application¹¹ prévoient deux grandes catégories d'admission pour les étrangers¹² qui souhaitent s'établir au Canada en obtenant préalablement un visa¹³ : l'immigration ordinaire en fonction de catégories (partie I, intitulée « Immigration du Canada »)¹⁴ et les demandes d'asile ou de protection présentées au point d'entrée ou sur le territoire canadien (partie II, intitulée « Protection des réfugiés »). Des critères spécifiques pour ces catégories sont prévus par la LIPR et, de manière complémentaire, avec le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR). Elles correspondent aux deux voies d'accès pour l'octroi de la résidence permanente, cette dernière étant une condition d'obtention de la citoyenneté canadienne. À la lecture de l'article 25 (1) de la LIPR, on en déduit dès lors qu'une demande pour des considérations d'ordre humanitaire est accordée exceptionnellement. En effet, le législateur mentionne explicitement à cet article que ce type de demande vise les personnes qui « ne se conforme[nt] pas à la [LIPR]¹⁵ ». Ce n'est donc pas une catégorie distincte d'immigration¹⁶.

En ce qui concerne plus précisément l'obtention de l'asile, à défaut d'un décret gouvernemental, elle s'effectue au cas par cas devant la

¹¹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Gaz. Can. II) (ci-après « RIPR »).

¹² Ces personnes ne sont ni citoyennes ni résidentes permanentes.

¹³ LIPR, art. 11(1); RIPR, art. 6. L'obtention du visa signifie que ces personnes n'entrent pas dans la catégorie « Interdit de territoire », et qu'elles satisfont aux critères de la LIPR.

¹⁴ Sont ici visés l'immigration économique, le regroupement familial (y compris le parrainage) et les candidats des provinces déterminés en vertu d'un accord entre les gouvernements.

¹⁵ LIPR, art. 25 (1).

¹⁶ Au moment de l'introduction explicite des considérations d'ordre humanitaire, John Carr Munro, secrétaire parlementaire du ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, déclare ceci dans CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 :

Aucune loi sur l'immigration ne peut être à la fois applicable et juste sans prévoir beaucoup de latitude dans son exécution. La loi établit des règles générales visant ceux qui peuvent venir au Canada et s'y établir. Les règles sont nécessairement générales. Elles ne sauraient prévoir exactement toute la gamme des circonstances personnelles. Elles doivent pouvoir être infléchies selon les mérites de chaque cas particulier. Il peut y avoir des motifs dictés par l'humanité ou la compassion pour laisser entrer des gens qui, règle générale, seraient inadmissibles.

Commission¹⁷, en application des critères de la LIPR, soit ceux qui ont été établis par la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*¹⁸ que la loi reprend pour qualifier une personne de « réfugié », soit ceux qu'elle énonce en vue d'attribuer à un demandeur la qualité de « personne à protéger¹⁹ ». Suivant la LIPR, l'asile peut être accordé selon trois modes²⁰ : une demande d'asile ou de protection²¹ ou encore dans le contexte

¹⁷ Plus exactement, les demandes d'asile sont, sous réserve de l'examen de leur recevabilité par un agent (LIPR, art. 100-102; RIPR, art. 151.1 et suiv.), déferées à la Section de la protection des réfugiés (LIPR, art. 100 (1)). La personne en cause et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent porter en appel la décision rejetant ou accordant la demande devant la Section d'appel de la protection des réfugiés (LIPR, art. 110 (1)).

¹⁸ *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 150.

¹⁹ LIPR, art. 96 et 97. Selon James C. HATHAWAY, « Preface » dans James C. HATHAWAY (dir.), *Reconceiving International Refugee Law*, La Haye & Boston, M. Nijhoff, 1997, p. XXV, la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, teintée du contexte historique de l'après-guerre où deux puissances étatiques dominaient les relations internationales, se trouve en décalage avec la nouvelle dynamique multipolaire de ces relations, ce qui, dans les faits, rend de plus en plus difficile l'acceptation des demandes :

With the demise of simple Cold War political dichotomies and the increase in the number of states undergoing fundamental political transitions, genuine refugees increasingly arrive from states to which host governments have important economic, strategic or other ties. It is politically awkward to recognize their claims, yet legally and morally difficult to refuse them. If status recognition is no longer tied to a right to permanent residence, and responsibility sharing systems divorce the site of first arrival from the place in which temporary protection is necessarily afforded, many governments may well be willing to entrust UNHCR [l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés] or a future international supervisory agency with the responsibility to process claims for protection.

[...]

Refugee law serves fewer and fewer people, less and less well, as time goes on. Refugee law as traditionally conceived is being subverted by a combination of non-entrée tactics.

Voir aussi James C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 992 et 998-999.

²⁰ LIPR, art. 95 (1).

²¹ Les critères régissant ces demandes sont prévus respectivement dans les articles 96 et 97 de la LIPR.

de la présentation d'une demande de visa²². Rappelons qu'au moins douze mois doivent s'écouler à la suite d'une décision défavorable de la Commission avant qu'une demande de dispense pour des considérations d'ordre humanitaire soit recevable²³. Il importe de préciser que l'article 25 (1.3) de la LIPR énonce que les facteurs applicables à la demande d'asile ne peuvent être considérés dans le contexte de l'analyse de la dispense. On y précise, par contre, que le ministre doit « tenir compte [...] des difficultés auxquelles l'étranger fait face », ce qui implique donc, comme il en sera question sous peu, que les faits de la demande d'asile, le cas échéant, peuvent être repris dans ce cadre.

II. Des considérations d'ordre humanitaire : les directives ministérielles

Lorsque vient le temps d'examiner une dispense pour des considérations d'ordre humanitaire, le décideur applique, en plus de la LIPR et du RIPR, les lignes directrices (ou directives) prescrites par le ministre. Ces dernières, qui se trouvent disséminées dans les différentes pages du site Web du ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté, servent à guider le décideur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire délégué par le ministre et ont pour objet d'assurer un traitement uniforme des demandes. Comme la Cour suprême du Canada l'a écrit dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté)*, « [l]es directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d'ordre humanitaire²⁴ ». En ce sens, poursuit-elle, « [l]es directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article [25 (1) de la LIPR]²⁵ », et le fait que la décision de l'agent va à l'encontre des directives « est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire²⁶ ». En revanche, comme le veut un principe bien établi en droit

²² Pour ce mode, les critères sont énoncés à l'article 138 du RIPR.

²³ LIPR, art. 25 (1.2) et (1.21).

²⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 72 (ci-après « arrêt *Baker* »).

²⁵ *Id.* Voir également l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, par. 85.

²⁶ *Baker*, préc., note 24, par. 72.

administratif, ces dernières, dépourvues d'un caractère législatif, ne peuvent entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère la LIPR au ministre²⁷. Autrement dit, les directives ne lient pas, en définitive, le décideur. Vu cependant leur importance dans le cadre interprétatif des considérations d'ordre humanitaire, nous croyons pertinent, dans le but de mieux comprendre les décisions à l'étude dans notre texte, de prendre connaissance de certaines directives qui y sont soulevées. Tel sera l'objectif de cette brève section.

Le critère applicable selon l'article 25 (1) de la LIPR consiste à se demander si « des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger [...] justifient » ou non la dispense, en tenant compte, s'il y a lieu, « de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché ». Voulant manifestement offrir une grande latitude au ministre pour décider de ces cas, le législateur n'a pas précisé les autres éléments ou facteurs à considérer pour en déclencher l'application. D'une disposition floue, ce qui est fréquent en droit²⁸, c'est ici que les lignes directrices font leur travail, en précisant la portée de la définition des motifs humanitaires; en voici la liste (le gras est de nous) :

- équilibre entre la discrétion et la cohérence;
- fardeau du demandeur;
- seuil de preuve;
- obligation de présenter la demande de résidence permanente à l'étranger;
- **difficultés et évaluation des considérations d'ordre humanitaire;**
- interdiction de territoire;
- **intérêts supérieurs de l'enfant;**
- anciens citoyens canadiens;
- membres de la famille de fait;
- instructions ministérielles et considérations demandes CH;

²⁷ *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, p. 6. Voir aussi l'arrêt *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, par. 71.

²⁸ Voir notamment : Timothy A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Geert KEIL et Ralf POSCHER (dir.), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- prise en compte des liens familiaux;
- **établissement au Canada** : demandes présentées au Canada;
- capacité à s'établir au Canada : demandes présentées à l'étranger;
- réexamen d'une décision défavorable;
- apatridie²⁹.

Les facteurs « difficultés et évaluation des considérations d'ordre humanitaire », « intérêts supérieurs de l'enfant » et « établissement au Canada » présentent un intérêt particulier pour notre propos, compte tenu de l'ampleur des instructions y étant rattachées. Sans en faire une description détaillée, nous y apporterons quelques brèves précisions.

Les « difficultés » dont il est question renvoient, entre autres, aux termes employés dans l'article 25 (1.3) de la LIPR : « Le ministre, dans l'étude de la demande [humanitaire] d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié [...] »³⁰; il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face. » Le ministre a produit une liste non exhaustive de ces difficultés. Elle exclut les catégories utilisées dans une demande d'asile (par exemple, la persécution), tout en offrant la possibilité d'examiner les faits invoqués pour obtenir le statut de réfugié³¹.

²⁹ IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ CANADA, *Demandes pour considérations d'ordre humanitaire : évaluation et traitement*, en ligne : <<http://www.ciccca/francais/ressources/outils/perm/ch/traitement/index.asp>> (ci-après « lignes directrices »). Ces facteurs sont révisés périodiquement, notamment à la lumière des faits nouveaux jurisprudentiels.

³⁰ Voir LIPR, art. 96 et 97.

³¹ Le demandeur peut fonder sa demande pour des considérations d'ordre humanitaire relativement à tout facteur pertinent, notamment, selon les lignes directrices, préc., note 29, « l'établissement au Canada », « ses liens avec le Canada », « l'intérêt supérieur des enfants directement touchés par la décision CH, le cas échéant », « des facteurs dans son pays d'origine (par exemple, des conditions défavorables dans le pays) », « des facteurs relatifs à la santé (par exemple, l'incapacité d'un pays à fournir des traitements médicaux) », « des facteurs relatifs à la violence familiale », « les conséquences de la séparation des membres de la famille », « l'incapacité à quitter le Canada ayant conduit à l'établissement »

Quant aux « intérêts supérieurs de l'enfant », il n'est pas nécessairement question du demandeur; on vise plus précisément un enfant « directement touché » : « “[E]nfant directement touché” signifie un enfant né au Canada ou à l'étranger (et pourrait inclure des enfants qui se trouvent hors du Canada)³². » De plus, les lignes directrices énoncent, en s'inspirant de la jurisprudence, que « [l]a codification du principe de l'“intérêt supérieur de l'enfant” dans la *Loi* ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur tous les autres facteurs liés au cas³³. »

Enfin, par « établissement au Canada », il faut comprendre qu'« [i]l peut être justifié d'approuver la demande [...] si l'incapacité du demandeur à quitter le Canada en raison de circonstances indépendantes de sa volonté se prolonge pendant une longue période et que les éléments de preuve corroborent un degré appréciable d'établissement au Canada³⁴ ». Dans ses directives, le ministre mentionne les questions auxquelles doit répondre le décideur pour déterminer les « circonstances indépendantes de sa volonté » et le « degré appréciable d'établissement »³⁵.

(dans le cas de demandeurs au Canada) ou « toute autre circonstance unique ou exceptionnelle justifiant la prise de mesures spéciales ».

³² Lignes directrices, préc., note 29 : on précise aussi que « [l]e lien de parenté entre le demandeur et tout “enfant directement touché” ne doit pas nécessairement être un lien de filiation parent-enfant; il peut s'agir d'un autre lien de parenté qui est touché par la décision ». Voici une énumération de facteurs qui peuvent être présentés par le demandeur (*id.*) : « l'âge de l'enfant », « le degré de dépendance entre l'enfant et le demandeur CH », « le degré d'établissement de l'enfant au Canada », « les liens de l'enfant avec le pays à l'égard duquel la demande CH est examinée », « les conditions qui règnent dans ce pays et l'incidence possible sur l'enfant », « les problèmes de santé ou les besoins particuliers de l'enfant », « les conséquences sur l'éducation de l'enfant » ou « les questions relatives au sexe de l'enfant ».

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ En ce qui a trait aux circonstances indépendantes de la volonté du demandeur, les lignes directrices, préc., note 29, énoncent les suivantes : « Le pays d'origine du demandeur est visé par une suspension temporaire des renvois (SRT) (R230) » ou « Un demandeur, en attente d'une décision sur une demande d'immigration, demeure plusieurs années au Canada avec un statut (par exemple, le programme des aides familiaux résidents). S'y ajoutent les circonstances qui dépendent de sa volonté (*id.*) : « Un demandeur, au Canada depuis un certain nombre d'années, n'est pas disposé à signer une demande de passeport ou à fournir des renseignements

III. Des aspects de la norme de contrôle de la décision raisonnable en droit administratif

Qu'est-ce que le contrôle judiciaire? C'est le pouvoir constitutionnel inhérent aux cours supérieures de contrôler les actes de l'Administration³⁶, pouvoir découlant des articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷. L'objet de ce contrôle, plus exactement, a pour fondement deux grands principes constitutionnels au cœur de cet exercice et qui sont en tension. D'une part, il y a la primauté du droit, soit le fait de garantir que l'Administration agisse *légalement*; d'autre part, on trouve la suprématie législative, soit le respect du principe démocratique selon lequel les assemblées législatives peuvent créer des organismes administratifs et leur conférer de larges pouvoirs, ce qui impose, selon les indices du texte législatif, une présomption de déférence³⁸. Selon l'approche que la Cour suprême a élaborée, une cour supérieure appliquera, dans certains cas, la norme d'intervention de la décision correcte, qui ne commande aucune déférence; dans d'autres cas, elle s'en remettra à la norme d'intervention de la décision raisonnable, où cette forme de déférence sera de mise. Il existe une présomption voulant que cette norme s'applique lorsqu'un décideur ou un tribunal administratif interprète sa loi constitutive³⁹.

Le choix de ces normes s'effectue en fonction de catégories de question. Les questions suivantes sont soumises à la norme d'intervention de la décision correcte : une question constitutionnelle, une question de compétence, une question de droit générale de grande importance pour le système juridique canadien et qui ne concerne pas le domaine de spécialité du

pour une demande de passeport », « [l]e demandeur perd ou détruit volontairement ses titres de voyage » ou « [l]e demandeur entre dans la clandestinité et demeure illégalement au Canada ».

³⁶ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 31.

³⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

³⁸ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 27-31.

³⁹ *Id.*, par. 54. Voir aussi : *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, par. 8; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, par. 27 (ci-après « arrêt *Commission canadienne* »); *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, par. 46 (ci-après « arrêt *Groia* »); *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, par. 27 (ci-après « arrêt *Williams Lake* »).

décideur et une question de délimitation des compétences respectives des tribunaux administratifs⁴⁰. Lorsque plusieurs issues raisonnables peuvent se justifier à la lumière des faits et du droit, les cours supérieures respecteront le processus décisionnel de l'organisme administratif en lui accordant le niveau de déférence de la norme de la décision raisonnable⁴¹. Cela signifie qu'elles n'interviendront qu'en présence d'une décision déraisonnable. À ce propos, la Cour d'appel du Québec écrit :

[L]orsqu'il s'agit [...] de déterminer si l'on peut placer la décision contestée dans la gamme des décisions « raisonnables » (ce qui signifie que cette décision est, selon l'expression consacrée, « une issue possible » parmi d'autres), il importe de bien délimiter le champ de ce qui est raisonnable ou de ce qui est possible afin de démontrer, le cas échéant, pourquoi une décision particulière constitue une véritable anomalie méritant réformation. Si la question en litige s'est déjà posée dans des affaires identiques ou analogues, cela suppose habituellement que l'on compare les diverses approches adoptées par différents décideurs avec celle de l'auteur de la décision visée par le recours en révision, afin de déterminer si son approche se situe hors champ⁴².

La norme de la décision raisonnable implique aussi – et telle en est la conséquence la plus importante – que plusieurs interprétations possibles (et raisonnables) de la loi habilitante d'un décideur administratif sont recevables et peuvent coexister au sein du droit administratif canadien⁴³. Et elles

⁴⁰ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 59-61. Sur la « question de compétence », voir : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 41; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, par. 23 (ci-après « arrêt *West Fraser* »). Sur la « question de droit générale », voir : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 28 et 42; *Groia*, préc., note 39, par. 49; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, par. 17.

⁴¹ *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 47. Voir également : *Commission canadienne*, préc., note 39, par. 55; *Williams Lake*, préc., note 39, par. 36.

⁴² *Gatineau (Ville) c. Syndicat des cols blancs de Gatineau inc.*, 2016 QCCA 1596, par. 21. Voir aussi l'affaire *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, par. 41-48.

⁴³ Voir l'arrêt *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

pourraient même être contradictoires sans pour autant justifier l'intervention des tribunaux judiciaires en contrôle judiciaire. Le pluralisme interprétatif dans ce champ du droit fait donc partie intégrante de ce cadre d'analyse⁴⁴.

Existe-t-il des circonstances où les tribunaux judiciaires devront intervenir en présence de plusieurs interprétations raisonnables d'une loi habilitante? Selon l'arrêt *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, un conflit jurisprudentiel interne entre les décideurs administratifs n'est pas suffisant pour intervenir : il faut un conflit opérationnel qui oblige l'administré à choisir, de part et d'autre, entre violer la loi ou s'y soumettre⁴⁵. Ce serait le cas si, hypothétiquement, ce dernier, pour suivre la décision relative à l'interprétation du décideur X d'un organisme, était conduit nécessairement à violer la décision découlant de l'interprétation Y du décideur d'un autre organisme.

En somme, le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une décision en droit administratif, au sens du cadre établi par la Cour suprême depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* jusqu'à aujourd'hui⁴⁶ et sauf dans

⁴⁴ L'arrêt de principe à cet égard a été rendu par le juge Dickson dans l'affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (ci-après « arrêt *Société des alcools* »). Pour une excellente analyse critique, au sens classique du terme, de cette décision, voir notamment Yves-Marie MORISSETTE, « Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif », (2009) 39 *R.D.U.S.* 1.

⁴⁵ Voir l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739.

⁴⁶ À moins que la Cour suprême, dans les jugements qu'elle rendra en ce qui a trait à trois affaires – *Vavilov*, *Bell Canada* et *National Football League* –, entendues sur le fond et de manière conjointe en décembre 2018, ne modifie ce cadre. En effet, le 10 mai 2018, dans les jugements d'autorisation d'appel qu'elle a accueillis respectivement à l'endroit de chacune de ces parties (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Alexander Vavilov*, 2018 CanLII 40807 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *Vavilov* »); *Bell Canada, et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 CanLII 40808 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *Bell Canada* »); *National Football League, et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 CanLII 40806 (C.S.C.) (ci-après « arrêt *National Football League* »)), la Cour suprême leur avait indiqué que ces « appels offrent l'occasion d'examiner la nature et la portée

les cas qui requièrent l'application de la norme d'intervention de la décision correcte (de type « oui ou non » ou « vrai ou faux ») que nous avons mentionnée précédemment, est un jugement assertorique⁴⁷ : « [L]es jugements *assertoriques* sont ceux dont la modalité correspond à la catégorie d'*existence* (distincte de la nécessité). Ce sont des jugements vrais en fait, mais non nécessaires⁴⁸. » Autrement dit, c'est une question d'opinion rationnellement justifiée⁴⁹ où, dans certains cas, plusieurs conclusions apparaissent recevables, par opposition aux jugements apodictiques, c'est-à-dire ceux de la norme d'intervention de la décision correcte, qui relèvent de la *nécessité*, où une seule réponse est possible.

du contrôle judiciaire de l'action administrative, telles que discutées dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9, et des affaires subséquentes », en les invitant « à consacrer une grande partie de leurs observations écrites et orales sur l'appel à la question de la norme de contrôle ».

⁴⁷ Nous nous inspirons ici du vocabulaire éclairant employé par Y.-M. MORISSETTE, préc., note 44, p. 28.

⁴⁸ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 84.

⁴⁹ Dans certains cas, il est possible que les motifs à l'appui de la décision soient incomplets. Selon la Cour suprême, qui s'appuie sur la doctrine (David DYZENHAUS, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans Michael TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, 1997, p. 304), cela ne signifie pas que la décision est forcément déraisonnable, les tribunaux judiciaires devant « chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer » (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, par. 12 et 13 (ci-après « arrêt *Labrador Nurses'* »)). L'implicite a donc sa place dans l'analyse de la « raisonnabilité ». Cette approche a récemment été réitérée par la Cour suprême (voir notamment : *Williams Lake*, préc., note 39, par. 37; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, par. 56; *West Fraser*, préc., note 40, par. 49). En même temps, la Cour suprême soutient (l'italique est de nous) : « L'invitation à porter une attention respectueuse *aux motifs "qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision"* ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] "*pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat*" (*Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, par. 53 et 56). » *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, par. 54 (ci-après « arrêt *Alberta Teachers'* »)). Pour une opinion critique des conséquences de cette approche de la Cour suprême, voir Paul DALY, « The Scope and Meaning of Reasonableness Review », (2015) 52-4 *Alta. L. Rev.* 799.

IV. Le contrôle judiciaire en vertu de l'article 25 (1) de la *Loi sur l'immigration et le statut de réfugié* depuis l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*

Dans cette partie, qui constitue l'examen principal de notre recherche, nous présenterons les cinq affaires à l'étude dans l'ordre chronologique : *Kisana*, *Hinzman*, *Lemus*, *Habtenkiel* et *Kanthasamy*, la seule affaire où la chaîne d'appels se rend jusqu'à la Cour suprême, au lieu de prendre fin, comme les autres, à la Cour d'appel fédérale. Notre examen comprendra chaque fois un bref exposé des faits et des points de droit permettant de mieux comprendre ce que signifie une décision raisonnable dans le contexte particulier de l'application de l'article 25 (1) de la LIPR.

A. L'affaire *Kisana*

Des parents canadiens d'origine indienne, séparés de leurs filles jumelles, veulent les avoir avec eux au Canada. Elles vivent avec leur tante en Inde au moment où elles font leur demande de dispense pour des motifs humanitaires. Ces dernières ne peuvent recourir aux dispositions de la LIPR pour les regroupements familiaux, puisque les parents, au moment de leur admission au Canada, ne les ont pas déclarées comme enfants. Ils justifient cette situation pour des raisons culturelles : ces derniers n'étaient pas encore mariés lorsque les jumelles sont nées. L'agente du ministre en poste à New Delhi rencontre notamment les filles pour les questionner.

1. L'affaire *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 307 (j. Mosley)⁵⁰

Le juge Mosley souligne d'entrée de jeu que les directives aident à contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, soit plus particulièrement celles, en l'espèce, qui sont relatives aux membres de fait de la famille. Puis, suivant l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵¹, il applique la norme de contrôle de la

⁵⁰ *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 307 (j. Mosley) (ci-après « arrêt *Kisana CF* »).

⁵¹ *Baker*, préc., note 24.

décision raisonnable dans son analyse de la décision de l'agente. Conséquemment, même si la demande peut présenter certains mérites, le tribunal ne peut substituer son opinion à celle du décideur administratif, à moins qu'elle ne soit déraisonnable. Ce sera le cas si la décision dans son ensemble n'est étayée par aucun motif résistant à un examen attentif et probant. Il n'est pas question ici de savoir si le décideur est parvenu au *bon* résultat. Le fait que la demande a été formulée à l'étranger ne commande pas davantage de retenue du tribunal. Que doit prouver le demandeur dans une telle demande? Il doit démontrer qu'une mesure exceptionnelle apparaît justifiée à son endroit. Le tribunal n'a pas à soupeser à nouveau les facteurs applicables à la décision de l'agente, pas plus qu'il n'a à trancher relativement à la pondération accordée à chacun des facteurs.

On peut présumer que les jumelles veulent retrouver leurs parents, mais ce n'est pas une preuve de rapport étroit. La tentative des demandeurs de démontrer une contrainte excessive découlant de la séparation a échoué, et l'agente n'avait pas à tenter de combler ce vide lorsqu'elle a effectué ses vérifications⁵², au nom de l'intérêt supérieur des enfants, la preuve du privilège d'entrer au Canada incombant à qui le demande. Aucun relevé téléphonique n'a été soumis pour démontrer le contact entre les filles et leurs parents. La fausse déclaration de ces derniers concernant leurs enfants en Inde ne rend pas *de facto* irrecevables leurs demandes humanitaires, mais on doit en tenir compte dans l'analyse. Il faut donner du sens à l'article 117 (9) (d) du RIPR qui exclut de la catégorie « Regroupement familial » les enfants dépendants non soumis au contrôle, lequel fait échec aux demandes de parrainage⁵³. La décision de l'agente n'est pas déraisonnable. Les jumelles connaissent peu le Canada et leurs parents. Ceux-ci ne les ont pas préparées à leur arrivée en gardant un contact régulier avec elles. Ils n'ont pas fait suffisamment d'efforts pour les informer de la vie au Canada. Les demandes en contrôle judiciaire sont donc rejetées.

⁵² Peu de questions ont été posées aux enfants.

⁵³ Ce sont des demandes que les parents ont effectuées ultérieurement.

2. L'affaire *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant)⁵⁴

Le premier point que le juge Nadon examine est celui de l'intérêt supérieur des filles. Selon lui, cet intérêt représente un facteur parmi d'autres : il ne saurait primer dans l'absolu d'autres considérations, même si la plupart du temps cet intérêt consiste à vivre avec les parents. Si le mensonge des parents ne dépend pas de la volonté des filles, il demeure une considération publique pertinente. À propos de l'entrevue des filles, le juge Nadon souligne que ce n'est pas une audience comme dans le cas des demandes d'asile : l'objectif est de déterminer s'il y a suffisamment d'éléments pour conclure que la demande humanitaire est fondée, fardeau qui, selon la prépondérance des probabilités, appartient au demandeur. La contrainte associée à la séparation de ses parents peut être mitigée, ce qui est le cas, entre autres, pour ces enfants vivant avec leur tante et ayant une éducation appropriée en Inde. En ce sens, toute contrainte doit être soupesée avec l'ensemble des facteurs pertinents. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré selon une perspective orientée vers l'avenir telle qu'elle est préconisée en droit familial canadien, le juge Nadon rejette cette approche : elle concerne la garde ou le droit d'accès. Et le droit de l'immigration ne renvoie pas aux mêmes préoccupations que dans ce champ. Dans le contexte d'une demande humanitaire, l'enfant est sujet à une exemption de l'application de la loi pour obtenir un visa de résidence permanente. Le juge Nadon réitère que l'intérêt de l'enfant en droit de l'immigration ne saurait être aussi déterminant qu'il l'est en droit de la famille. Par ailleurs, on sait que les questions de l'agente aux familles étaient brèves. Elle n'avait pas le devoir d'aider les filles à combler les faiblesses de leur dossier, dans la mesure où l'agente disposait déjà de nombreux éléments de preuve. Elle aurait pu mener des entrevues plus élaborées, cela ne fait aucun doute. Cependant, cette lacune n'est pas fatale, si l'on considère tout le processus de vérification et le fardeau des appelantes de prouver la contrainte excessive qu'elles vivent.

⁵⁴

Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 189 (jj. Nadon et Létourneau; j. Trudel, jugement concordant) (ci-après « arrêt *Kisana CAF* »).

La juge Trudel, dans ses motifs concordants, soutient qu'une mauvaise technique d'entrevue pourrait constituer une faille dans l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il importe de prendre en considération, durant l'enquête, la vulnérabilité de l'enfant en se montrant alerte, sensible et préoccupé de sa situation. Le juge Nadon a raison d'écarter la norme déterminante de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille. Par contre, la juge Trudel estime que ce champ du droit est utile en droit de l'immigration pour évaluer les besoins moraux, physiques et intellectuels d'un enfant. L'appel est rejeté.

B. L'affaire *Hinzman*

Jeremy Dean Hinzman est un militaire américain ayant déserté les forces armées en raison de convictions religieuses et morales⁵⁵, motif rejeté par l'armée. Hinzman n'a pas contesté cette décision. À son arrivée au Canada avec sa femme et son enfant, tous deux américains, ils demandent l'asile. Cette longue entreprise judiciaire échoue. Leurs demandes d'examen de risques avant renvoi sont également rejetées. Entre temps, le couple donne naissance à un autre enfant (ayant la citoyenneté canadienne). Subséquemment, la famille Hinzman dépose une demande d'exemption pour des considérations d'ordre humanitaire. Les parents tentent de faire valoir l'objection de conscience, le risque de persécution ou de stigmatisation associé à leur retour aux États-Unis avec leurs enfants de même que le fait qu'ils sont bien établis au Canada et que l'intérêt supérieur des enfants exige de rester au pays.

1. L'affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 415 (j. Russell)⁵⁶

Selon l'agente, l'article 25 (1) de la LIPR ne sert pas à contourner le cadre de poursuites légales et légitimes d'un pays démocratique. Hinzman, à son retour aux États-Unis, aura droit à des garanties procédurales. Il est incertain qu'une peine de mort soit demandée dans son cas. Hinzman aurait

⁵⁵ Hinzman s'oppose à la guerre.

⁵⁶ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 415 (j. Russell) (ci-après « arrêt *Hinzman CF* »).

dû contester la décision de l'armée lui refusant le statut de non-combattant. Quant au sort difficile que la société américaine pourrait lui réserver en raison de son statut de déserteur, l'agente estime que le demandeur n'a pas prouvé des difficultés appréhendées qui seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées », critère découlant des directives ministérielles et maintes fois corroboré par la jurisprudence. L'établissement de Hinzman et de sa famille aux États-Unis ne correspond pas non plus à ce niveau de difficulté. Il en est de même pour l'aîné. Même s'il va à l'école en français au Canada, l'enfant comprend l'anglais et pourra donc poursuivre sans heurt sa formation scolaire aux États-Unis. Dans son analyse, le juge Russell admet les difficultés associées aux poursuites judiciaires américaines contre Hinzman, mais elles n'atteignent pas, selon lui, le degré requis. La loi américaine sur la désertion ne va pas à l'encontre du droit international, et le droit de l'immigration canadien n'a pas pour fonction de sauver les personnes des choix qu'elles ont faits. Le juge Russell reconnaît que les stigmates sociaux représentent un inconvénient et que plusieurs personnes pourraient soutenir que ces difficultés sont graves. À son avis, la décision de l'agente à ce propos n'est pas déraisonnable. Relativement à l'intérêt des enfants, même en admettant que le père soit condamné à la prison, cet intérêt a été pris en considération par l'agente. Le juge Russell témoigne sa sympathie aux appelants. Il est conscient des grands défis qu'ils auront à relever à leur retour et leur souligne qu'il ne fait qu'appliquer la loi. La Cour fédérale rejette les demandes en contrôle judiciaire.

2. L'affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson)⁵⁷

Selon la juge Trudel, qui écrit au nom de ses collègues, l'agente n'a pas tenu compte de la situation personnelle de Hinzman : elle a uniquement considéré les risques associés à son retour, en reprenant l'examen déjà fait dans l'analyse de risques avant renvoi. L'agente n'a jamais considéré les objections religieuses et morales du demandeur : elle s'est contentée de souligner les garanties procédurales et la protection étatique dont il bénéficiera à son retour. Or, le droit à l'objection de conscience est un droit naissant en

⁵⁷ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 177 (jj. Trudel, Noël et Dawson) (ci-après « arrêt *Hinzman CAF* »).

droit international. Rien n'a été examiné en ce sens, malgré les arguments des demandeurs. Les directives en matière humanitaire indiquent que tous les facteurs doivent être considérés et que l'agente doit expliquer le poids attribué à chacun d'entre eux et leur raison d'être. Plus la preuve passée sous silence dans l'analyse des motifs est importante, plus le tribunal sera disposé à inférer que l'agente a tiré une conclusion erronée. La juge Trudel rappelle en terminant que l'application de l'article 25 (1) de la LIPR ne prescrit pas un résultat précis. Avant de décider du sort du demandeur, on doit tenir compte de l'ensemble de la situation. La Cour d'appel fédérale fait droit à l'appel.

C. L'affaire *Lemus*

Les demandeurs sont une famille salvadorienne arrivée au Canada en raison de problèmes vécus avec le groupe criminel Mara Salvatrucha. Le père et le fils, mineur, ont subi de l'extorsion de fonds de leur part, la mère a été victime du même sort, outre qu'elle a été agressée sexuellement par cinq membres de ce groupe. Le fils estime d'ailleurs en être encore la cible. La mère souffre d'un syndrome posttraumatique lié à ces événements. Ils ont demandé respectivement le statut de réfugié une fois au Canada. Les demandes ont été rejetées. Leur demande d'examen des risques avant renvoi l'a été également. C'est alors que ceux-ci ont formulé une demande pour motifs humanitaires.

1. L'affaire *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274 (j. Near)⁵⁸

Selon l'interprétation faite par le juge Near quant à l'article 25 (1.3) de la LIPR⁵⁹, ce dernier a pour effet d'exclure certains facteurs de l'analyse

⁵⁸ *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1274 (j. Near) (ci-après « arrêt *Lemus CF* »).

⁵⁹ À titre de rappel, l'article 25 (1.3) de la LIPR énonce ce qui suit (l'italique est de nous) :

Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) [qui porte sur les considérations d'ordre humanitaire] d'un étranger se trouvant au Canada, *ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié* – au sens de la Convention – aux termes de

des motifs d'ordre humanitaire, soit ceux qui sont prévus par les articles 96 et 97 de la LIPR et liés à l'obtention du statut de réfugié. L'agent pouvait exclure de la preuve tout ce qui concernait la peur de revenir au Salvador (en raison du groupe Mara Salvatrucha), cet élément ayant déjà été traité dans les autres demandes. Il a appliqué le bon test des difficultés appréhendées qui seraient « inhabituelles et injustifiées ou démesurées » advenant un retour dans le pays d'origine, les directives étant toujours éclairantes aux fins de l'analyse des motifs humanitaires. Les demandeurs ont tort d'écarter ce test dans le but de le remplacer par celui qui est présenté dans l'affaire *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*⁶⁰. L'agent a considéré l'ensemble de la preuve pertinente et pouvait soupeser les différents éléments de preuve. Il a tenu compte des problèmes qu'ils pouvaient éprouver à leur retour, mais cela n'a pas suffi à le convaincre que les demandeurs atteignaient le seuil de difficultés prescrit par le test. En fait, leurs difficultés correspondent aux difficultés générales des Salvadoriens. Ils pourront compter sur une aide familiale au Salvador, et la mère pourra y obtenir les soins dont elle a besoin. Les demandes en contrôle judiciaire sont rejetées.

2. L'affaire *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow)⁶¹

Les directives peuvent guider la décision de l'agent, mais elles ne doivent pas l'empêcher (*unfettered*) de considérer l'ensemble de la preuve pertinente par rapport au dossier, affirme le juge Stratas, avec l'appui de ses collègues. L'agent doit demeurer ouvert d'esprit. Plusieurs aspects de sa décision apparaissent raisonnables. Elle devient néanmoins déraisonnable quand l'agent écarte de l'analyse la peur des demandeurs (ce qui inclut un enfant) d'être la cible d'un groupe criminel. L'agent a considéré l'intérêt

l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); *il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.*

⁶⁰ *Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (1970) 4 I.A.C. 338 (ci-après « arrêt *Chirwa* »). Comme nous le verrons un peu plus loin, ce test, moins exigeant, consiste à se demander si une personne raisonnable, au nom de l'équité et de la justice, accorderait la demande pour des motifs humanitaires.

⁶¹ *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114 (j. en chef Blais; jj. Stratas et Sharlow) (ci-après « arrêt *Lemus CAF* »).

supérieur de l'enfant en mentionnant que les membres de sa famille au Salvador pourront l'aider. Sur cette seule base, la décision se révèle déraisonnable. Malgré tout, le ministre demande à la Cour d'appel fédérale d'examiner l'ensemble de la preuve au dossier, car il estime qu'une abondante quantité d'éléments permettent de maintenir la décision. Le ministre s'appuie sur ce passage de l'arrêt *Dunsmuir* : « Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] "retenue au sens de respect" n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] "la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision"⁶². » Le juge Stratas, après avoir examiné la jurisprudence pertinente, soit les affaires *Labrador Nurses* et *Alberta Teachers*, s'estime lié à ce dernier arrêt : « [I]l n'y a pas lieu en l'occurrence de donner suite à l'invitation du ministre et de compléter ou [de] reformuler les motifs de l'agente afin de maintenir sa décision⁶³. » L'appel est accueilli.

D. L'affaire *Habtenkeil*

Au moment de son immigration au Canada, un père ne déclare pas son enfant dépendante conçue hors mariage avec une autre femme que son épouse. Durant deux ans, l'enfant demeure en Érythrée avec sa mère. Elle rencontre son père pour la première fois à l'âge de 5 ans. Ils parlent à quelques reprises par téléphone. Sans succès, il tente de la parrainer, le RIPR interdisant ce type de parrainage compte tenu de la fausse déclaration du père ayant empêché l'agent de procéder au contrôle⁶⁴. Âgée de 15 ans, Raheal Habtenkiel dépose une demande d'exemption pour motifs humanitaires depuis le Soudan, où elle vit chez un cousin de son père. Ses parents l'aident à l'occasion en lui offrant un soutien financier.

⁶² *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 48. Notre traduction.

⁶³ *Lemus CAF*, préc., note 61, par. 37.

⁶⁴ RIPR, art. 117 (9) (d).

1. L'affaire *Habtenkiel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 397 (j. Heneghan)

Les motifs du juge Heneghan sont laconiques. Selon lui, l'agent a considéré toute la preuve pertinente, ce qui comprend notamment le manque d'intérêt sérieux du père à l'égard de son enfant. Même si l'agent n'a pas mentionné explicitement le facteur de l'« intérêt de l'enfant », il l'a considéré. La demande en contrôle judiciaire est rejetée.

2. L'affaire *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas)⁶⁵

Selon le juge Pelletier et ses collègues qui approuvent ses motifs, bien que l'agent n'ait pas écrit dans sa décision les termes « intérêt de l'enfant », il n'a pas pour autant écarté cet aspect. Aucun fait au dossier ne semble donner un poids important à ce facteur. Comme cela a été mentionné dans d'autres affaires, cet intérêt ne peut dicter le résultat de la demande humanitaire : c'est plutôt un facteur à considérer comme les autres. Le juge Pelletier reconnaît cependant qu'il ne peut examiner le raisonnement de l'agent, vu l'absence de motifs explicites à cet égard. Le dossier révèle que cette enfant a été privée de ses parents la plupart du temps. Malgré le soutien financier qu'ils lui offraient à l'occasion, elle a été généralement privée de contacts affectifs de la part de ses deux parents. Un des objets de la LIPR consiste à *réunir* les familles⁶⁶. Il faut donc distinguer la « réunion » de l'« union ». Et l'on pouvait raisonnablement conclure que l'enfant, dans sa situation, se trouvait du « mauvais côté » de la distinction. Le juge Pelletier conclut : « Cette décision n'est pas incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant concernée, compte tenu du fait que les avantages tirés de la vie au Canada ne doivent pas faire pencher la balance, par eux-mêmes, en faveur de tout enfant mis en contact avec le système d'immigration⁶⁷. » L'appel est rejeté.

⁶⁵ *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180 (jj. Pelletier, Dawson et Stratas) (ci-après « arrêt *Habtenkiel CAF* »).

⁶⁶ LIPR, art. 3 (d).

⁶⁷ *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48.

E. L'affaire *Kanthasamy*

Jeyakannan Kanthasamy est un mineur tamoul originaire du Sri Lanka. Détenu et interrogé par les autorités de son pays en 2010, il craint sérieusement pour sa sécurité. Avec l'aide de sa famille, il se rend seul au Canada pour y vivre avec son oncle et sa tante. On lui refuse le statut de réfugié et l'on rejette subséquemment sa demande d'examen de risques avant renvoi. Il demande alors une dispense pour motifs humanitaires.

1. L'affaire *Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 802 (j. Kane)⁶⁸

S'appuyant sur un passage de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*⁶⁹ et tout en rappelant les grands principes de l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Kane affirme : « Bien qu'il puisse exister plus d'une issue raisonnable, "si le processus et l'issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d'intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l'issue qui serait à son avis préférable"⁷⁰. » L'agente a respecté ces principes. Le juge Kane se penche sur l'article 25 (1.3) de la LIPR. L'enjeu consiste à déterminer les « difficultés » recevables lorsque vient le temps de considérer les motifs humanitaires, puisque cette disposition mentionne que dans le contexte de cette analyse le ministre « ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié ». Les « difficultés » envisagées en vertu de l'article 25 (1) ne sont donc pas les mêmes que celles d'une demande d'asile ou d'un examen de risques avant renvoi. Le juge Kane précise que « l'appréciation devrait porter sur d'autres difficultés⁷¹, y compris la discrimination et les

⁶⁸ *Kanthasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 802 (j. Kane) (ci-après « arrêt *Kanthasamy CF* »).

⁶⁹ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, par. 59.

⁷⁰ *Kanthasamy CF*, préc., note 68, par. 11.

⁷¹ *Id.*, par. 37, où le juge Kane écrit plus exactement ceci :

Par suite des modifications apportées à l'article 25, les risques évoqués par le demandeur, en l'occurrence le risque d'être persécuté ou torturé ou de voir sa vie menacée ou de subir des traitements cruels et inusités du fait de sa race ou de ses origines ethniques, ont été examinés dans le cadre de sa demande d'asile et de sa demande d'ERAR et ne peuvent être

conditions défavorables dans le pays et la question de savoir dans quelle mesure elles ont une incidence sur le demandeur, et sur la question de savoir si ces difficultés constituent des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives⁷² ».

Le juge Kane examine trois éléments au dossier de Kanthasamy : son établissement au Canada, son intérêt supérieur (comme enfant) et son évaluation psychologique. Le niveau d'établissement du demandeur correspond à celui qui est espéré : il va à l'école, a un travail à temps partiel et compte des amis. Il a aussi des parents au Sri Lanka qui peuvent subvenir à ses besoins. Son retour là-bas n'apparaît pas susceptible de lui causer de grandes difficultés. Puisqu'il était en attente de son statut, il est normal que son lien avec le Canada se soit développé, et Kanthasamy devait s'attendre à un départ éventuel plus difficile. Cette attente au Canada ne saurait constituer un avantage. À plus forte raison, Kanthasamy pourra déposer une demande humanitaire à partir du Sri Lanka. L'intérêt supérieur de l'enfant, après avoir considéré les deux possibilités, c'est-à-dire qu'il demeure au Canada ou qu'il retourne au Sri Lanka, est de retrouver ses parents. Même si l'agente reconnaît que la vie peut être meilleure au Canada, Kanthasamy pourra continuer son éducation au Sri Lanka de même qu'être avec sa famille et ses proches. Quant au rapport psychologique, l'agente ne l'a pas rejeté. Elle l'a considéré, soit l'expérience de détention, les menaces et l'enquête menée par les autorités srilankaises. L'agente reconnaît que l'idée de son retour au Sri Lanka peut causer de l'anxiété au demandeur. Or, le rapport psychologique ne saurait prouver ce qui se passe là-bas. Malgré le syndrome posttraumatique dont il souffre et pour lequel il n'a pas été traité au Canada, Kanthasamy pourrait obtenir des soins à son arrivée. Selon l'agente, « le processus d'examen des motifs d'ordre humanitaire n'était pas censé supprimer les difficultés, mais plutôt remédier aux difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives⁷³ », ce qui ne correspond pas à la situation du demandeur. La demande en contrôle judiciaire est rejetée.

réexaminés dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*, par. 59.

2. L'affaire *Kanhasamy c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow)⁷⁴

Le juge Stratas, pour les motifs auxquels ses collègues souscrivent, observe que le test « des difficultés appréhendées inhabituelles et injustifiées ou démesurées » de l'article 25 (1) de la LIPR n'a jamais été confirmé par la Cour d'appel fédérale ou la Cour suprême. Dans l'affaire *Baker*, les parties ne le contestaient pas, et la Cour suprême l'a utilisé à bon escient dans son raisonnement, ce qui amène le juge Stratas à conclure que c'est le bon test. Quelles sont ces « difficultés »? Les directives ministérielles traitent de cette question. Il est vrai que celles-ci amènent de la constance dans l'application de l'article 25 (1) et qu'elles permettent de préciser les motifs humanitaires, mais elles demeurent malgré tout un guide administratif : ces directives n'ont pas force de loi ni ne peuvent le modifier. Il est proscrit de les considérer comme une liste fermée susceptible d'entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par l'article 25 (1). Le pouvoir discrétionnaire implique l'absence de règles dictant le résultat dans chaque cas. Par contre, une telle discrétion ne va pas jusqu'à inclure un test – celui de la décision *Chirwa* – où l'on se demanderait si une personne raisonnable d'une communauté civilisée serait susceptible de vouloir soulager, au nom de l'équité et de la justice, les misères de l'autre. Cette approche accorderait une trop grande portée à l'article 25 (1). De plus, une demande recevable ne signifie pas qu'elle sera accordée, car des considérations d'ordre public pourraient supplanter les directives. Quant à l'article 25 (1.3), il ne change rien au test de l'article 25 (1). S'il ne peut reproduire l'analyse suivie dans une demande de réfugié pour traiter une demande humanitaire, les faits au dossier demeurent, et l'agent peut les reprendre dans le but d'appliquer le test de l'article 25 (1).

Maintenant, qu'est-ce que la « raisonnabilité » dans ce contexte? Le juge Stratas reprend la plupart des principes déjà présentés⁷⁵. L'agente les a

⁷⁴ *Kanhasamy c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 CAF 113 (jj. Stratas, Blais et Sharlow) (ci-après « arrêt *Kanhasamy CAF* »).

⁷⁵ *Id.*, par. 84, tiré de *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 CAF 56, où le juge Stratas ajoute cependant le point suivant, que nous citons ici dans sa version originale, en anglais, afin de présenter plus fidèlement son propos : « owing to the importance of the matter to applicants

respectés. Selon elle, les conditions au Sri Lanka se sont améliorées pour les hommes tamouls. Kanthasamy a probablement été appréhendé par les autorités srilankaises pour des raisons de sécurité nationale. Ce dernier n'a pas présenté une preuve détaillée des actes discriminatoires dont il aurait souffert au Sri Lanka. De plus, y retourner, malgré son établissement au Canada, ne représente pas une difficulté excessive. L'intérêt supérieur de cet enfant ne sera pas compromis : ses parents et sa famille immédiate l'accueilleront; il ira à l'école et pourra se retrouver du travail. En revanche, l'agent a accordé peu d'importance à certains éléments du rapport du psychologue qui s'avèrent, de reconnaître le juge Stratas, très favorables au demandeur. Or, en vertu de la norme de contrôle de la décision raisonnable, on exige seulement que son examen soit acceptable et défendable, des qualités attribuables à la décision de l'agent. L'appel est rejeté.

3. L'affaire *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents)⁷⁶

Sous la plume de la juge Abella, écrivant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, le tribunal se penche tout d'abord sur l'objectif de l'article 25 (1) de la LIPR. À cette fin, la juge Abella présente l'historique législatif des admissions humanitaires, dont voici les points saillants :

- En 1952, conformément à la *Loi sur l'immigration*⁷⁷, le ministre détenait un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans limites pour l'admission de personnes au Canada. À défaut

under subsection 25(1), the court must be vigilant in ensuring that the outcome the officer reaches is truly within that range ». Ce passage de l'arrêt *Kanthasamy CAF* est traduit ainsi : « La demande relevant du paragraphe 25 (1), le juge doit s'assurer avec vigilance de l'appartenance véritable à un tel éventail de l'issue à laquelle l'agent est arrivé. » On reconnaît donc les enjeux importants associés aux demandes pour des considérations d'ordre humanitaire.

⁷⁶ *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61 (j. en chef McLachlin et jj. Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon, majoritaires; jj. Moldaver et Wagner, dissidents) (ci-après « arrêt *Kanthasamy CSC* »).

⁷⁷ *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, c. 325.

- d'invoquer des motifs humanitaires – absents de la loi –, ce dernier pouvait délivrer des permis afin que certaines personnes puissent demeurer au pays, ce qui lui conférerait un pouvoir permettant « [d'] assouplir et d'humaniser⁷⁸ » la loi;
- Les « considérations d'ordre humanitaire » ou « motifs de pitié » ont fait leur apparition lors de l'adoption de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*⁷⁹ en 1966. Sans les définir avec précision, on a affirmé qu'« [i]l peut y avoir des motifs dictés par l'humanité ou la compassion pour laisser entrer des gens qui, règle générale, seraient inadmissibles⁸⁰ ». Ce pouvoir a été confié à la Commission d'appel de l'immigration (CAI);
 - Dans la décision *Chirwa*, en 1970, la CAI a jugé que les considérations humanitaires sont celles qui, en raison des faits, « incit[ent] tout homme raisonnable [*sic*] d'une société civilisée à soulager les malheurs d'une autre personne⁸¹ ». Cette définition comprend une part de subjectivité, mais elle requiert tout de même des éléments objectifs, le but étant toujours d'assurer l'accès à la dispense sans lui conférer une portée excessive⁸²;
 - La *Loi sur l'immigration de 1976*⁸³ a étendu le pouvoir discrétionnaire de dispense pour motifs humanitaires au gouverneur en conseil;
 - En 2001, l'article 25 (1) de la LIPR que l'on connaît remplace la disposition qui prévoyait le pouvoir de dispense au gouverneur en conseil.

Les dispositions « d'ordre humanitaire » en droit de l'immigration canadien, infère la juge Abella de cet historique législatif, « avaient un

⁷⁸ *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, p. 476.

⁷⁹ *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, c. 90.

⁸⁰ CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 (M. John Munro).

⁸¹ *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

⁸² *Id.*

⁸³ *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.

objectif commun, à savoir offrir une mesure à vocation équitable⁸⁴ », dès lors que les faits invitent la personne raisonnable et civilisée à « soulager les malheurs d'autrui⁸⁵ ». Une fois cette conclusion tirée, elle précise que cet objectif est intégré aux lignes directrices en ce qu'elles prévoient « l'évaluation des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » que le demandeur doit prouver. Deux écoles de pensée s'affrontent quant à la façon d'aborder ces facteurs : les facteurs tels qu'ils sont formulés établissent avec justesse le critère de dispense; les facteurs guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais ne peuvent d'aucune façon le limiter. Au nom des objectifs d'équité liés à la dispense, la seconde approche est celle qui prévaut⁸⁶.

Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte d'analyse de l'article 25 (1) de la LIPR, la juge Abella soutient que c'est une considération « singulièrement importante⁸⁷ ». Si l'enfant est le demandeur, cet intérêt doit influencer la façon d'apprécier tous les autres aspects considérés. Ainsi, une dispense normalement refusée pour un adulte pourrait être accordée à un enfant, ce dernier pouvant éprouver de plus grandes difficultés qu'un adulte dans la même situation.

À la lumière de ces éléments, la juge Abella, suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, rejette la démarche de l'agente, qui ne

⁸⁴ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 21.

⁸⁵ *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

⁸⁶ Dans l'arrêt *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, la juge Abella affirme ce qui suit (l'italique est de nous) :

[33] L'expression « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » a donc vocation descriptive et ne crée pas, pour l'obtention d'une dispense, trois nouveaux seuils en sus de celui des considérations d'ordre humanitaire que prévoit déjà le par. 25 (1). Par conséquent, ce que l'agent ne doit pas faire, dans un cas précis, c'est voir dans le par. 25 (1) trois adjectifs à chacun desquels s'applique un seuil élevé et appliquer la notion de « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » d'une manière qui restreint sa faculté d'examiner et de soupeser *toutes* les considérations d'ordre humanitaire pertinentes. *Les trois adjectifs doivent être considérés comme des éléments instructifs, mais non décisifs, qui permettent à la disposition de répondre avec plus de souplesse aux objectifs d'équité qui la sous-tendent.*

⁸⁷ *Id.*, par. 40.

tient pas compte de la situation globale de Kanthasamy. L'agente interprète littéralement les adjectifs relatifs aux difficultés et apprécie ces dernières de manière fragmentaire, ce qui limite ainsi son pouvoir d'accorder la dispense et de se montrer équitable, tel que l'objet de la disposition l'impose. Trois aspects de son dossier le démontrent. Premièrement, au lieu d'en faire un facteur important, l'agente réduit l'importance du diagnostic psychologique du demandeur, qu'elle a jugé recevable, en exigeant une preuve de soins au Canada ou dans son pays d'origine. Il en est de même lorsque « l'agente passe sous silence les répercussions de son renvoi [...] sur sa santé mentale⁸⁸ », malgré l'avis du psychologue. Celui-ci peut se prononcer à cet égard : il n'est pas question de « ouï-dire ». Deuxièmement, sur l'enjeu de la discrimination, l'agente se montre trop exigeante et « mine la vocation humanitaire⁸⁹ » de l'article 25 (1) de la LIPR, en demandant une preuve directe et personnelle. On sait depuis longtemps⁹⁰ que l'on peut inférer la discrimination de l'appartenance d'un individu à un groupe qui en est victime. Cette situation correspond à celle du demandeur. Troisièmement, la déléguée du ministre a effectué une analyse superficielle de l'intérêt supérieur de Kanthasamy. Elle avait l'obligation d'accorder une grande importance au fait que c'est un enfant⁹¹. Pourtant, cet aspect du dossier est demeuré isolé des autres éléments. Sans compter que, en considérant le renvoi, l'agente n'a pas tenu compte de l'effet amplifié d'une séparation pour un enfant ayant tissé des liens avec ses proches au Canada.

Quant aux juges Moldaver et Wagner, dissidents dans cette affaire, ils reconnaissent que le test des « difficultés » peut parfois se révéler trop restrictif. Leurs considérations sur la portée de l'article 25 (1) de la LIPR font ressortir malgré tout la nature exceptionnelle de la dispense pour des motifs humanitaires. L'application de cette disposition doit être à la fois souple et rigoureuse, soutiennent ces derniers, et ce, en proposant un nouveau critère :

⁸⁸ *Id.*, par. 48.

⁸⁹ *Id.*, par. 54.

⁹⁰ Voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 173-174.

⁹¹ Notons que la juge Abella tire cette conclusion à la lumière notamment de la jurisprudence en droit de la famille (voir l'arrêt *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 34).

[101] Eu égard à l'objet et au contexte du par. 25(1), et compte tenu du fait que le critère des difficultés appliqué jusqu'à ce jour peut, dans certains cas, être trop restrictif, je reformulerais comme suit le critère applicable à l'octroi de la dispense : *compte tenu de toutes les circonstances, dont la nature exceptionnelle de la dispense pour considérations d'ordre humanitaire, le demandeur a-t-il démontré qu'un Canadien honnête et ouvert d'esprit estimerait qu'il est simplement inacceptable de ne pas faire droit à la demande?* Pour que le refus soit *simplement inacceptable*, la situation doit être suffisamment pressante pour que l'opportunité d'une dispense exceptionnelle fasse largement consensus.

Moins flou selon eux que le critère d'équité avancé par la juge Abella, celui qui est proposé s'avère plus rigoureux et permet d'éviter que le régime de l'article 25 (1) de la LIPR, dans les cas où l'on aurait une grande sympathie pour le demandeur, devienne une voie parallèle d'immigration ou un mécanisme d'appel des demandes d'asile rejetées. Ils comprennent la sympathie éprouvée à l'égard des étrangers dont « le pays d'origine n'offre pas les mêmes avantages⁹² » et qui, par conséquent, souhaitent être admis au Canada, « un pays où il fait bon vivre⁹³ ». Par contre, un refus de dispense, selon eux, n'est pas *simplement inacceptable*, selon le critère formulé précédemment.

Quant à la décision de l'agente, il faut se garder d'examiner de trop près ses motifs. On ne peut les décortiquer comme l'a fait la juge Abella⁹⁴, contrevenant ainsi au niveau de déférence requis. L'agente a utilisé un mode d'analyse valable n'ayant pas limité son pouvoir discrétionnaire et lui ayant permis de faire un examen complet du dossier. En ce qui a trait à la discrimination, l'agente a reconnu le caractère contradictoire de la preuve offerte quant à la situation au Sri Lanka, ce qui l'a menée à conclure que

⁹² *Id.*, par. 108.

⁹³ *Id.*, où les juges dissidents soutiennent plus précisément que le Canada « est une démocratie prospère et ses habitants jouissent d'un niveau de vie élevé; son taux de criminalité violente est relativement bas et son filet de protection sociale est généreux ».

⁹⁴ *Id.*, par. 112, où, selon les juges dissidents, la juge Abella « décortique la décision afin d'y trouver des erreurs de droit, elle résout les ambiguïtés de manière défavorable à l'agente et elle soupèse de nouveau la preuve ».

Kanthasamy n'en a pas fait la preuve d'une manière suffisante. Relativement au rapport psychologique, l'agente a émis des réserves, les conclusions de la psychologue reposant sur les propos de Kanthasamy. Le rapport ne prouve pas non plus les « difficultés » à son retour, étant donné qu'il pourra obtenir des soins. Au sujet de l'intérêt supérieur de Kanthasamy, l'agente a jugé que celui-ci doit rejoindre sa famille immédiate, a considéré les souffrances associées à son départ et a estimé que ce dernier pourra garder un contact avec ses proches du Canada. L'appel est accueilli.

V. Une synthèse des affaires présentées

Les décisions retenues étant présentées, le temps est maintenant venu d'en faire la synthèse, en ayant à l'esprit les questions posées dans notre recherche⁹⁵. Chacune des affaires examinées possède une trame factuelle unique, où la norme de contrôle de la décision raisonnable, telle que la Cour suprême l'enseigne, s'applique de manière contextuelle et autorise plusieurs issues raisonnables, pour autant que cette décision respecte les principes établis par le droit administratif⁹⁶. Il faut donc se garder de généraliser hâtivement ou de tomber dans la fausse analogie. En prenant en considération ces réserves, nous avons dégagé un point convergent parmi les décisions examinées, de même que trois points divergents. L'ensemble de ces points a été mis en lumière dans le but de circonscrire les contours parfois flous de la limite entre la décision raisonnable et la décision déraisonnable.

⁹⁵ Voici ces questions :

- Y a-t-il des facteurs plus déterminants que d'autres pour juger de la raisonnable de la dispense?
- Comment interprète-t-on le caractère « humanitaire » de la décision?
- Le test d'application de la dispense est-il toujours le même?

⁹⁶ Rappelons ces principes tels qu'ils sont énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir*, préc., note 7, par. 47 : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. »

A. Le point convergent

Le point convergent le plus évident, à notre avis, concerne la justification des tribunaux judiciaires lorsqu'ils estiment que la décision du ministre est déraisonnable. Sans grande surprise, mais il faut le souligner, on intervient pour casser la décision du ministre lorsque que ce dernier a omis de considérer un fait important au dossier ou de lui accorder un poids suffisant dans sa décision. Le juge Evans résume bien l'enjeu : « plus la preuve qui n'a pas été mentionnée expressément ni analysée dans les motifs de l'organisme est importante, et plus une cour de justice sera disposée à inférer de ce silence que l'organisme a tiré une conclusion de fait erronée « sans tenir compte des éléments dont il [disposait]⁹⁷ ».

N'empêche que, dans tous les cas où les tribunaux ont conclu qu'une intervention était justifiée en raison du caractère déraisonnable de la décision, on avait jugé précédemment que la même décision était raisonnable, en ne faisant pas grand cas de cet élément important ou en omettant de le considérer. Cela prouve une fois encore que le caractère raisonnable d'une décision administrative est la plupart du temps une affaire d'opinion. À l'appui de notre prétention, mentionnons les affaires *Hinzman*, *Lemus* et *Kanthasamy*. L'objection de conscience, selon la juge Trudel dans l'affaire *Hinzman CAF*, devait être examinée par le décideur, ce qui aurait permis ainsi de considérer l'ensemble de son dossier. Il en est de même dans l'affaire *Lemus CAF*, où le juge Stratas estime que la peur et l'intérêt supérieur de l'enfant avaient été écartés de l'analyse du dossier⁹⁸. Et dans

⁹⁷ *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n°1425, C.F., 1^{re} inst., par. 17.

⁹⁸ Par contre, dans l'affaire *Kanthasamy CAF*, préc., note 74, par. 97, le juge Stratas, dont la décision a été infirmée par la Cour suprême, prétend ceci (l'italique est de nous) :

Il ne fait aucun doute que le rapport contenait des déclarations auxquelles ont [sic] aurait pu accorder du poids, et qu'il aurait pu justifier une décision favorable à M. Kanthasamy. Ce n'est toutefois pas là le critère applicable lors d'un contrôle selon la norme de la raisonnabilité. *En fonction de cette norme, il est loisible à l'agent d'apprécier l'importance et le poids à accorder aux éléments de preuve, dans la mesure où cette évaluation est acceptable et peut se justifier.*

notre dernière affaire, *Kanthisamy CSC*, les juges majoritaires ont conclu que l'agente n'a pas tenu compte du fait qu'un adolescent avait tissé des liens avec des personnes au Canada.

B. Les points divergents

Étant donné le caractère vague des considérations d'ordre humanitaire, lesquelles ne font pas l'objet d'une définition parmi les jugements examinés, il n'est pas étonnant de repérer davantage de points divergents.

1. L'importance relative de l'intérêt supérieur de l'enfant

La seule précision explicite quant au sens des termes « considérations d'ordre humanitaire » prévus dans l'article 25 (1) de la LIPR est qu'elles comprennent « l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché » (*best interest of a child directly affected*). En présence d'une définition aussi indéterminée, cette mention spécifique du législateur apparaît bienvenue, puisque cette notion est bien connue notamment en droit de la famille, tant en common law qu'en droit civil. Elle offre par conséquent des enseignements jurisprudentiels et doctrinaux fort pertinents pour guider le ministre, le cas échéant, dans sa décision⁹⁹.

Le juge Nadon, dans l'affaire *Kisana CAF*, n'est pas de cet avis. Son approche a le mérite d'être claire :

L'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un contexte d'immigration ne fait pas nécessairement intervenir une analyse fondée sur le droit de la famille où les véritables questions en litige

Le point convergent soulevé demeure, dans la mesure où cette décision a été infirmée. Et nous savons qu'il faudrait relativiser la dernière phrase du juge Stratas, et ce, eu égard à l'arrêt *Kanthisamy CSC*, préc., note 76, où le facteur associé à l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être écarté aussi facilement.

⁹⁹ Voir l'arrêt *Gill c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 613, par. 12 (ci-après « arrêt *Gill* »), où le juge Campbell adhère à cette approche en accordant, tout comme sur certaines questions en droit de la famille (la garde de l'enfant ou l'accès à ce dernier), une importance déterminante à l'intérêt de l'enfant en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême dans ce champ du droit.

portent sur des questions de garde des enfants et de droits de visite. Contrairement aux affaires de droit de la famille dans lesquelles « l'intérêt supérieur des enfants » constitue, il va sans dire, le facteur déterminant, il en va différemment dans les affaires d'immigration, dans lesquelles la question en litige est, comme en l'espèce, celle de savoir si un enfant devrait être dispensé de l'obligation de respecter les conditions de la Loi et de son Règlement et être autorisé à devenir un résident permanent¹⁰⁰.

S'agissant du seul facteur indiqué par le législateur à l'article 25 (1) de la LIPR, comment doit-on alors pondérer celui-ci dans le contexte d'appréciation des motifs humanitaires? Pour le juge Nadon, invoquant l'affaire *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰¹, ce facteur s'avère important, sans être pour autant déterminant¹⁰². Or, admettre cette conclusion n'implique pas nécessairement que tous les faits nouveaux en droit de la famille doivent être exclus. La juge Trudel, dans ses motifs concordants, affirme :

Comme mon collègue le juge Nadon, j'estime qu'il est tout à fait injustifié d'importer dans les demandes présentées en matière d'immigration la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » que l'on applique dans les affaires de garde et de droits de visite. Ainsi qu'il le souligne, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le facteur déterminant en droit de la famille, ce qui n'est pas le cas dans le contexte de l'immigration, dans lequel ce facteur n'est qu'un de ceux dont on doit tenir compte. Cela ne veut cependant pas dire qu'on ne doive pas tenir compte des considérations et des compétences spécialisées portant sur les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques des enfants et, à cet égard, qu'on ne doive pas se référer au besoin et si cela est approprié à la compétence spécialisée des tribunaux de la famille pour en obtenir des renseignements précieux¹⁰³.

¹⁰⁰ *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 37.

¹⁰¹ *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125 (ci-après « affaire *Legault* »).

¹⁰² *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 37.

¹⁰³ *Id.*, par. 72.

Dans l'affaire *Kanthasamy CSC*, le plus haut tribunal du pays ne traite pas de cette divergence explicitement. Par contre, implicitement, nous pouvons raisonnablement inférer que la juge Abella, au nom de la majorité de ses collègues, est d'accord avec l'esprit du propos de la juge Trudel. Lorsque la Cour suprême interprète l'« intérêt supérieur de l'enfant » en contexte humanitaire, elle en déduit le sens à même la jurisprudence issue du droit de la famille, en précisant notamment qu'il importe d'appliquer ce facteur en « ten[ant] compte de l'âge de l'enfant, de ses capacités, de ses besoins et de son degré de maturité¹⁰⁴ ». La juge Abella rappelle aussi ce que la Cour suprême a écrit à ce propos dans l'arrêt *Baker*¹⁰⁵.

Revenons maintenant à la question de la pondération du facteur de l'« intérêt de l'enfant », plus particulièrement lorsque celui-ci est lui-même le demandeur de la dispense. Dans l'arrêt *Kanthasamy CSC*, la juge Abella, manifestement consciente de certains problèmes associés à l'approche selon laquelle ce facteur apparaît « important mais non déterminant », soutient que « l'« intérêt supérieur » doit être considéré comme un élément important, mais aussi [...] [qu']il doit jouer dans l'appréciation des autres aspects de la situation de l'enfant¹⁰⁶ ». En raison de cette précision, à notre avis, la Cour suprême oblige le décideur – si certains ne le faisaient pas déjà – à tenir compte de ce facteur de telle sorte que ce dernier module l'évaluation de tous les autres facteurs. Par conséquent, la juge Abella vient dire que ce facteur est davantage qu'un simple facteur parmi d'autres.

Pourtant, dans les affaires *Kisana* et *Habtenkiel*, où ce facteur était présent, on l'entrevoyait selon cette perspective, dans la mesure où les cours de révision judiciaire jugeaient qu'en lui-même il ne pouvait justifier une dispense¹⁰⁷. Dans l'affaire *Habtenkiel*, il aurait été difficile de suivre l'approche prescrite par la juge Abella, l'agent n'ayant pas indiqué dans son raisonnement si l'intérêt supérieur de l'enfant en faisait partie. Devant ce

¹⁰⁴ *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 35.

¹⁰⁵ *Baker*, préc., note 24, par. 74-75.

¹⁰⁶ *Kanthasamy CSC*, préc., note 76, par. 41.

¹⁰⁷ *Kisana CAF*, préc., note 54, par. 24; *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48. Dans les arrêts *Hinzman CAF*, préc., note 57, *Lemus CAF*, préc., note 61, et *Kanthasamy CAF*, préc., note 74, on ne mentionne pas de quelle façon il faut considérer ce facteur.

constat, la Cour d'appel fédérale complète les motifs de l'agent et conclut que son intérêt a été pris en considération¹⁰⁸, approche difficilement réconciliable avec celle qui a été préconisée ultérieurement par la juge Abella. De plus, on peine à comprendre en quoi il apparaissait justifié dans cette affaire de compléter les motifs du décideur, alors que dans l'affaire *Lemus CAF* la même cour a refusé de le faire¹⁰⁹.

2. L'analyse de la dispense humanitaire faite parfois en vase clos par rapport aux autres champs du droit

Compte tenu du point précédent, on aura compris au passage que la Cour suprême dans l'affaire *Kanthasamy CSC* soutient tacitement l'idée de la juge Trudel dans le jugement *Kisana CAF*, où le juge Nadon prend soin de dissocier les approches du droit de l'immigration et du droit de la famille sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est là une divergence importante, puisque d'un côté (l'approche de la juge Trudel appuyée implicitement par la Cour suprême) on cherche à enrichir la compréhension des enjeux d'immigration auprès d'un enfant à l'aide d'un autre champ du droit, tandis que de l'autre (l'approche du juge Nadon notamment) on s'en prive. L'enjeu est appréciable, considérant, entre autres, que la dispense pour des considérations d'ordre humanitaire se réfère explicitement à une notion du droit de la famille et que cette dispense se veut souple et flexible dans son application en raison de son objet. En droit de la famille, l'avenir de l'enfant est une considération dominante¹¹⁰. Pourquoi ce champ du droit ne pourrait-il pas éclairer le décideur administratif dans le cas d'une dispense humanitaire? Certes, nous comprenons que l'avenir de l'enfant ne peut être le facteur déterminant dans l'analyse, comme c'est le cas dans les affaires de garde ou d'accès à l'enfant. Cependant, une autre question surgit immédiatement : l'avenir d'un enfant, son intérêt supérieur, en droit de l'immigration comme en droit de famille, comment pourrait-il être différent? Rien ne le démontre. Et tenter de le prouver serait vain, la nature de ses intérêts étant une question de fait. C'est pourquoi les enseignements du droit de la famille,

¹⁰⁸ *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 47 et 48.

¹⁰⁹ *Lemus CAF*, préc., note 61, par. 38.

¹¹⁰ Voir l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Rappelons que le juge Campbell dans l'arrêt *Gill*, préc., note 99, par. 12, souscrit à cette approche.

nous semble-t-il, s'avèrent pertinents pour mieux circonscrire les effets potentiels du refus ou de l'acceptation d'une dispense. Dans la mesure où l'objectif consiste à éviter une « analyse superficielle¹¹¹ », comme la juge Abella l'a affirmé sans détour à propos de celle qui a été menée dans l'affaire *Kanhasamy*, on peut difficilement s'opposer à profiter de la perspective qu'offre le droit de la famille dans le traitement des dispenses humanitaires. Ce faisant, la conclusion pourrait être différente, par exemple, dans l'affaire *Habtenkiel*, où une dispense a été refusée à une enfant, notamment en inférant que le droit de l'immigration n'a pas pour objectif « d'unir » les familles, sa fonction se limitant à les « réunir¹¹² ». Une telle approche apparaît réductrice et cadre mal avec la nature exceptionnelle de la dispense. Le point de vue du droit de la famille n'est certainement pas le remède universel pour contrer ce type de distinction pouvant être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais il peut certainement aider, et cela s'avère conforme à l'approche de la Cour suprême.

3. L'absence de consensus quant au critère de la dispense humanitaire

Décider de la dispense, sans l'éclairage des directives ministérielles, entraînerait hors de tout doute un exercice arbitraire, voire chaotique, du pouvoir d'accorder ou non cette dispense. La nature du pouvoir discrétionnaire exige cet encadrement¹¹³. En lisant l'arrêt *Kanhasamy CSC*, nous constatons qu'un problème se pose lorsque ces directives, bien qu'elles soient indispensables, deviennent un obstacle à l'objectif que le législateur s'est initialement donné en conférant un pouvoir discrétionnaire aussi étendu au ministre, ce dernier pouvant suspendre l'application de la loi au nom de motifs humanitaires indéfinis. L'équilibre entre la souplesse et la rigueur, pour reprendre les termes des juges dissidents dans cette affaire, est certainement un enjeu. La rigueur ne doit pas cependant voiler les objectifs d'équité (intimement liés aux sentiments d'humanité et de compassion qui consistent à « soulager les malheurs d'une autre personne¹¹⁴ ») que le

¹¹¹ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 57.

¹¹² *Habtenkiel CAF*, préc., note 65, par. 48.

¹¹³ Nous pensons évidemment à l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (voir en particulier la page 140).

¹¹⁴ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 21, citant l'arrêt *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

législateur souhaite atteindre au moyen de cette dispense. Un passage du juge Russell dans l'affaire *Hinzman* – celle du déserteur et de sa famille – montre bien les limites ou l'inconfort que peut provoquer l'approche de la « rigueur » aux dépens de l'« équité » (l'italique est de nous) :

À en juger par l'assistance à l'audience, la présente demande de contrôle judiciaire a suscité dans le public un intérêt marqué et une vive controverse. Dans mon examen de la décision de l'agente, je me suis contenté d'appliquer la jurisprudence pertinente et les principes du contrôle judiciaire tels que je les comprends. Mes conclusions déplairont à l'évidence non seulement aux demandeurs, mais aussi à leurs partisans. Cependant, elles ne sont d'aucune manière à interpréter comme une intervention en faveur de l'un ou l'autre des partis qui divisent l'opinion publique à ce sujet. Elles sont simplement les conclusions que je m'estime obligé de tirer de l'application du droit canadien aux faits et aux arguments qui m'ont été présentés. *Que je doive statuer contre les demandeurs ne signifie pas que la Cour soit inconsciente des problèmes considérables auxquels ils pourraient devoir faire face en tant que famille lorsqu'ils seront renvoyés aux États-Unis, ni qu'elle y soit insensible*¹¹⁵.

Heureusement que dans cette affaire un sort « équitable » attendait les demandeurs à la Cour d'appel fédérale. Dans cet extrait, on voit que le juge Russell constate l'appui important de la communauté dont ces derniers bénéficient, ce qui rappelle un des aspects du critère que les juges dissidents dans l'affaire *Kanthalasamy CSC* proposaient, soit celui qui est relatif au « consensus large¹¹⁶ ». Dans la décision *Lemus CF*, le juge Near s'en tient au critère des « difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées » des lignes directrices, où la décision de l'agente allait jusqu'à considérer ces difficultés par rapport à celles que vivent généralement les Salvadoriens¹¹⁷, en accordant une importance moindre au fait de quitter le Canada. Dans la

¹¹⁵ *Hinzman CF*, préc., note 56, par. 97 (l'italique est de nous).

¹¹⁶ Rappelons ce que les juges affirment dans l'arrêt *Kanthalasamy CSC*, préc., note 76, par. 101 : « Pour que le refus soit *simplement inacceptable*, la situation doit être suffisamment pressante pour que l'opportunité d'une dispense exceptionnelle fasse largement consensus. »

¹¹⁷ *Lemus CF*, préc., note 58, par. 12.

décision *Kanhasamy CAF*, la Cour d'appel fédérale avait l'occasion de se pencher sur le bien-fondé de ce critère. Elle l'a plutôt confirmé en s'appuyant sur l'arrêt *Baker*, où la Cour suprême a mentionné que ce critère venait des directives ministérielles, sans plus. N'empêche qu'en confirmant la validité de ce critère, même si le juge Stratas soutient que les directives ne représentent qu'un guide et qu'elles ne peuvent limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, la Cour d'appel fédérale semble commettre indirectement l'erreur qu'elle dénonce en estimant que ce critère est le bon. Son application, comme chacun le sait, a pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, soit précisément ce qu'elle voulait éviter.

Quant à la Cour suprême, en dévoilant l'objectif d'équité du législateur, elle adopte l'approche élargie du critère préconisée dans le jugement *Chirwa*. Dans son analyse interprétative, la juge Abella passe sous silence la norme d'interprétation applicable pour interpréter une loi qui conférerait des droits à une personne, laquelle requiert une interprétation large et libérale. À n'en pas douter, son interprétation l'est. Pourtant, une ambiguïté demeure : le demandeur de la dispense humanitaire a-t-il *droit* à l'équité? Auquel cas, quels en sont les critères? Pour le moment, nous pouvons difficilement répondre à ces questions, l'un des problèmes à cet égard étant que de tels critères reposent en partie sur les sentiments d'humanité et de compassion du décideur, lesquels apparaissent subjectifs, voire pour certains, intimes. Rappelons, par ailleurs, que le ministre, en présence d'une demande humanitaire recevable, pourrait malgré tout la rejeter au nom de l'intérêt public¹¹⁸.

Cela dit, il est connu que le demandeur a droit à l'équité procédurale¹¹⁹. Et si nous examinons de plus près le critère adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Kanhasamy*, celui de l'arrêt *Chirwa* qui a pour objet de

¹¹⁸ *Kanhasamy CAF*, préc., note 74, par. 61. Voir également : *Legault*, préc., note 101, par. 17 et 18; *Pannu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1356, par. 29.

¹¹⁹ Voir C. DAUVERGNE, préc., note 5, qui a examiné cet enjeu. Cette auteure affirme que le droit à l'équité procédurale est un droit substantiel, car il offre un accès au système judiciaire.

« soulager les malheurs d'une autre personne¹²⁰ », nous demeurons perplexes. Par exemple, l'objection de conscience d'Hinzman, qui a causé sa désertion, a été traitée comme un *choix* par l'agent, ce qui a été confirmé également par la Cour fédérale. Envisagées sous l'angle du « malheur », de ce qui dépend et de ce qui ne dépend pas de lui, les chances d'Hinzman se voyaient, selon nous, d'autant plus réduites. On entre alors dans les grands débats relatifs au *choix*, à la liberté. Le demandeur est-il en partie ou en totalité responsable des difficultés à l'origine de la dispense sollicitée? Jusqu'à quel point les difficultés que le demandeur a éprouvées dans son pays ne dépendent-elles pas de lui? En somme, le critère de la Cour suprême ne vient pas tout régler, même s'il apparaît plus fidèle à l'approche recherchée par le législateur.

Conclusion

Quels sont les attributs de la décision raisonnable prise en vertu de l'article 25 (1) de la LIPR? On pouvait s'en douter, ils sont multiples. Ce que les cours recherchent en contrôle judiciaire de cette décision est une démarche rationnelle et défendable, rien de plus, ce qui présuppose qu'il n'y a pas d'attributs essentiels des considérations d'ordre humanitaire. Pour sa part, le demandeur est en droit de s'attendre à une *démarche* rationnellement justifiée du décideur. Le juge Stratas résume bien l'approche en question :

[L]a Cour n'a pas pour mission d'apprécier de nouveau les éléments de preuve versés aux débats. Elle doit alors plutôt se limiter à rechercher si une conclusion a un caractère irrationnel ou arbitraire tel que sa compétence, reposant sur la primauté du droit, est engagée, comme l'absence totale de recherche des faits, le défaut, lors d'une telle recherche, de respecter une exigence expresse de la loi, le caractère illogique ou irrationnel du processus de recherche des faits ou l'absence de tout fondement acceptable à la conclusion de fait tirée (*Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, aux paragraphes 44 et 45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des*

¹²⁰

Kanthasamy CSC, préc., note 76, par. 21, citant l'arrêt *Chirwa*, préc., note 60, p. 364.

compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644, à la page 669)¹²¹.

Le demandeur ne peut donc s'attendre à un résultat précis, puisque l'objet de la disposition ne l'est pas. Le caractère exceptionnel de la dispense, comme la Cour suprême l'a dévoilé dans l'arrêt *Kanhasamy CSC*, est lié à sa « vocation équitable¹²² », objectif indéterminé qui offre une grande discrétion au décideur.

Selon nous, l'une des leçons à tirer de cette décision de la Cour suprême est que, pour maintenir ce caractère équitable, le décideur doit renoncer à définir (ou à concevoir) de manière arrêtée les « considérations d'ordre humanitaire », ce qui pourrait, comme dans le cas de *Kanhasamy*, contrevenir à l'objectif que poursuit le législateur. La solution n'est évidemment pas de supprimer les lignes directrices. Ces dernières ont une fonction importante, notamment d'éviter que l'arbitraire prime l'équité. Et ces lignes directrices sont un *moyen* pour parvenir à cette *fin* d'équité. Elles se limitent à énumérer les éléments faisant partie de l'*extension* (par opposition, suivant le langage de la logique, à la *compréhension* – ce qui est essentiel à un concept) des « considérations d'ordre humanitaire », qui ne sont pas nécessaires à celles-ci, mais qui peuvent s'y rattacher.

Voici ce qui est connu de la définition en *compréhension* de ces considérations : être humanitaire, dans le contexte d'application de l'article 25 (1) de la LIPR, consiste à être équitable « eu égard aux circonstances d'un demandeur en particulier¹²³ ». Le décideur doit « soupeser *toutes* les considérations humanitaires pertinentes »¹²⁴ au moyen de cet attribut, soit le seul

¹²¹ *Kanhasamy CAF*, préc., note 74, par. 99.

¹²² *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 32. Évidemment, il ne faut pas confondre le caractère équitable de la dispense et l'équité procédurale (*Dunsmuir*, préc., note 7, par. 79) : « L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. »

¹²³ *Kanhasamy CSC*, préc., note 76, par. 31.

¹²⁴ *Id.*, par. 33.

élément compris dans ces considérations. Dans l'affaire *Kanthasamy CSC*, la juge Abella écrit ceci :

[25] Ce qui *justifie* une dispense dépend évidemment des faits et du contexte du dossier, mais l'agent appelé à se prononcer sur l'existence de considérations d'ordre humanitaire doit véritablement examiner *tous* les faits et les facteurs pertinents portés à sa connaissance et leur accorder du poids (*Baker*, par. 74-75)¹²⁵.

Par conséquent, il est impératif pour le demandeur de la dispense de soumettre au décideur un dossier complet, documenté et, cela va sans dire, rigoureusement argumenté.

À la lumière de ce qui précède, nous avons presque l'impression, en définitive, de revenir à la question générale de notre recherche, soit « Quels sont les attributs de l'équité? » Il importe de le souligner, l'équité a pour objet le demandeur. Autrement dit, l'État canadien doit, sous réserve de l'intérêt public, se montrer *équitable* envers lui. Le fardeau de le prouver revient au demandeur, la dispense étant un privilège d'exception qui s'analyse restrictivement. Le demandeur pourra possiblement s'en libérer en présentant, suivant la prépondérance des probabilités, un dossier convaincant selon les « normes canadiennes d'équité », en faisant appel, pour paraphraser à nouveau les paroles du ministre Munro, aux sentiments d'humanité et de compassion du décideur¹²⁶.

À ce jour, ces normes demeurent indéfinies, ce qui rend, dans certains cas, la situation particulièrement difficile pour les principaux acteurs engagés dans ce type de dossier. Le législateur devrait-il intervenir en adoptant une liste exhaustive des considérations d'ordre humanitaire? Sérieuse et difficile, cette question relève de la sphère politique et le fardeau d'y répondre ne devrait pas, en l'absence de précisions, revenir aux tribunaux. Et il ne devrait certainement pas être question, comme nous l'avons constaté, d'invoquer les lignes directrices en vue de restreindre la portée de ces

¹²⁵ *Id.*, par. 25.

¹²⁶ Voir CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 27^e légis., 20 février 1967, p. 13267 (M. John Munro).

motifs, portée qui, pour le moment, force pour ainsi dire l'infini à s'incliner devant l'étendue opaque de l'ordre humanitaire canadien.